Die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Klaus Vassel

aus Tanger (Marokko).

Approbiert am 20. 12. 1937.

1937

Buchdruckerei Karl Döres, Erlangen, Jägerstr. 3.

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache.

§ 1. Einleitend wird der Begriff „Hauptsache" erörtert und der prozessuale Charakter der Erledigungserklärung hervorgehoben.

§ 2. In Ehe- und Statusprozessen fordert das Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit von Amts wegen die Berücksichtigung der Erledigung des Rechtsstreites.

§ 3. Die Schwierigkeit einer systematischen Zergliederung dieser Erklärung ergibt sich aus ihrer sprachlichen Mehrdeutigkeit.

§ 4. Notwendige Aufzeichnung der vertretenen Auffassungen über die Erledigungserklärung. Sie ist:

A. Keine Klagerücknahme, da regelmäßig der Wille zur notwendigen Kostenübernahme nach § 271, II ZPO. fehlt.

B. Kein Klageverzicht, da die notwendige Kostenfolge dieser reinen Prozeßerklärung aus §§ 306, 91 ZPO. nicht beabsichtigt ist. Eine entsprechende Anwendung des § 93 ZPO. würde auf Umwegen doch zu einer dem Verzicht fremden sachlichen Prüfung führen und ist deshalb abzulehnen. Die Erledigungserklärung ist

C. Keine ausdrücklich für zulässig erklärte Klageänderung,

a) weil der Hauptanspruch nicht beschränkt, sondern fallengelassen worden ist und die Kosten (Neben) - Forderung nicht gleichzeitig Hauptforderung sein kann;

b) weil die Kostenforderung nicht als Surrogat oder als das Interesse des ursprünglichen Antrages, sondern nur als die ursprünglich schon bestehende Nebenforderung angesehen werden kann.

c) Eine entsprechende Anwendung des § 268, Ziff. 3 ZPO. ist jedoch zu vertreten.

§ 5. Wann ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt?

A. Voraussetzungen der Erledigungserklärung sind prozessuale Zulässigkeit und sachliche Begründetheit bei der Klageerhebung.

B. Der Anspruch erlischt durch Erfüllung, Aufrechnung, Gesetzesänderung, unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung, Fortfallen tatsächlicher Klagevoraussetzungen.

C. Notwendige Voraussetzung ist wegen der aus Billigkeitsgründen gestatteten analogen Anwendung des § 268, Ziff. 3 ZPO., daß der Kläger die Erledigung unverzüglich geltend machen muß.

§ 6. Schwierigkeit der Kostenentscheidung, da Grundlage die allgemeinen Bestimmungen der §§ 91 ff. ZPO. sind. Abzulehnen sind die

A. „Unrechtstheorie" und

B. „Erfolgstheorie";

C. eine entsprechende Anwendung des § 93 ZPO.

§ 7. Bei der Erledigung des Rechtsstreites in der Hauptsache hat der die Kosten zu tragen, der durch sein Verhalten Veranlassung zur Klageerhebung gegeben hat.

§ 8. Befriedigendes Ergebnis.

§ 9. Erledigungserklärung des Beklagten.

§ 10. Erledigungserklärung in den Rechtsmittel-Instanzen.

§ 1 u. § 2.

Nach dem System des Zivilprozeßrechts hat der Richter der Entscheidung des Rechtsstreits den Sachverhalt im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu Grunde zu legen. Da jedoch naturgemäß zwischen Klageerhebung und Urteilsfällung ein unter Umständen erheblicher Zeitraum liegt, so kommt es häufig vor, daß durch außerhalb des Rechtsstreits eintretende Ereignisse der sachliche Streit der Parteien gegenstandslos wird; dies ist z. B. dann der Fall, wenn sich der Beklagte im Verlaufe des Rechtsstreits entschließt, die Klagforderung zu erfüllen. Mit der Leistung ist der Anspruch des Klägers erloschen.

Es fragt sich, ob die Erfüllung der Klagforderung und die dadurch herbeigeführte materielle Erledigung des Klaganspruchs geeignet ist, ohne weiteres auch eine Erledigung des Rechtsstreits herbeizuführen.

Zur Klärung dieser Frage scheint es erforderlich, zunächst die in Betracht kommenden Rechtsbegriffe kurz zu bezeichnen.

Die Reichsgesetze verstehen unter der Erledigung des Rechtsstreits nicht die Erledigung der den Gegenstand des Prozesses bildenden Streitpunkte unter den Parteien, sondern allein die tatsächliche Beendigung eines anhängigen Rechtsstreits im Sinne eines Erlöschens der Rechtshängigkeit. (Von einer Erledigung des Rechtsstreits sprechen die §§ ZPO. 98, S. 2, 148, 152, 278, II, 179, 321, IV, 443, 628; BGB. §§ 34, 211, I, 215, I, 1309, II, 1596, II.) Durch die Erledigung soll die Rechtshängigkeit der Hauptsache beendet werden.

Der Begriff der Hauptsache ist nicht eindeutig (Weiss, Diss., a. a. O., S. 3) und wird in den Gesetzen in wechselnder Bedeutung nach dem jeweiligen Gegensatz gebraucht (Stein-Jonas II, 1 zu § 39).

Im Sinne der Erledigung der Hauptsache ist unter Hauptsache der Klaganspruch im Gegensatz zum Kostenanspruch zu verstehen.

Daraus erhellt, daß die Tatsache der materiellen Erledigung des Klaganspruchs nur dann zu einer tatsächlichen Beendigung des Rechtsstreits führen kann, wenn die Erfüllung des zivilrechtlichen

Anspruchs unmittelbar auf den prozessualen Anspruch einwirkt, d. h. sein Erlöschen und damit die Beendigung der Rechtshängigkeit herbeiführt. Unerläßliche Voraussetzung dieser Rechtsfolge wäre aber die Identität zwischen dem prozessualen Anspruch und dem Anspruch im Sinne des Prozeßrechts. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht gegeben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 194 BGB.) versteht unter Anspruch „Das Recht, von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können". Diese Begriffsbestimmung läßt sich keineswegs auf das Gebiet des Prozeßrechts übertragen, da sie lediglich die Leistungsklagen und einen gewissen Teil der Feststellungsklagen umfassen würde, dagegen für Rechtsgestaltungsklagen und einen großen Teil der Feststellungsklagen (Conf. Lent zur Abgrenzung in ZPO. 57, S. 3) völlig unbrauchbar ist, da diese Klagen einen zivilrechtlichen Anspruch nicht zum Gegenstand haben. Selbst im Falle der Leistungsklage, die ausnahmslos auf das Bestehen eines zivilrechtlichen Anspruchs gestützt ist, sind grundsätzliche Unterschiede zwischen dem bürgerlich-rechtlichen und dem prozessualen Anspruch vorhanden, da der zivilrechtliche Anspruch entweder besteht oder nicht besteht, der prozessuale dagegen nur vom Kläger behauptet wird. Denn sonst hätte, wie Rosenberg zutreffend bemerkt (S. 271), im Falle der Klagabweisung der Rechtsstreit überhaupt keinen Gegenstand gehabt. Mit Recht wird daher allgemein (Stein, ZPO. II, 5 vor 253; Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage, S. 212. 270, 316) der prozessuale Anspruch lediglich als ein prozessualer Begriff angesehen. Er ist tatsächlich nichts weiter als „ein Tatbestand mit Rechtsfolgen".

Daraus ergibt sich, daß die materielle Erledigung des Klaganspruchs zunächst auf den weiteren Verlauf des Rechtsstreits ohne Bedeutung ist. Da die Zivilprozeßordnung den Parteien die freie Verfügung über den Streitstoff überläßt, kann die materielle Erledigung des Klaganspruchs. (Von dem Fall des § 628 wird hier zunächst abgesehen, da es sich dort um eine Prozeßart handelt, die unter dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit steht.) erst dann von dem Gericht berücksichtigt werden, wenn die Parteien oder eine von ihnen die Tatsachen, aus denen sich die Erledigung des Klaganspruchs ergibt, vorträgt und damit zum Gegenstand der Verhandlung macht.

Es ist klar, daß der Kläger, wenn die materielle Erledigung des Klaganspruchs in den Prozeß eingeführt ist, nicht mehr in der Lage ist, die Verurteilung des Beklagten zu erreichen. Sollte er trotzdem auf seinem Antrag beharren, so muß er mit seiner Klage, die sich nunmehr als unbegründet darstellt, abgewiesen und gemäß § 91 ZPO. in die Kosten des Rechtsstreits verurteilt werden. Die gleiche Kosten-

folge würde ihn im Falle der Klagrücknahme oder des Klageverzichts treffen.

Der Kläger, der diese ihm unangenehme Kostenfolge abwenden will, tut das in der Praxis in der Weise, daß er den Antrag stellt, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Obwohl in der Wissenschaft und Rechtsprechung diese Möglichkeit allgemein anerkannt wird, bestehen doch über die rechtliche Bedeutung der Erledigungserklärung und besonders über die Begründung der Kostenentscheidung zum Teil so erhebliche Meinungsverschiedenheiten, daß es gerechtfertigt erscheint, die Natur der Erledigungserklärung und die mit der Kostenentscheidung im Falle der Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache verbundenen Rechtsfragen einer erneuten Prüfung zu unterziehen. Eine allgemeine Vorschrift des Inhalts, daß ein Rechtsstreit, der in der Hauptsache gegenstandslos geworden ist, nur noch hinsichtlich der Kosten fortgesetzt werden kann, ist unserem geltenden Prozeßrecht nicht bekannt. Die Zivilprozeßordnung erwähnt die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nur in den §§ 628, 640 ZPO., die besagen, daß in Ehe- und Statusprozessen der Rechtsstreit bei Wegfall einer Partei in der Hauptsache erledigt sein soll.

Diese Regelung ist jedoch in ihrer Anwendung keineswegs auf die genannten Verfahren beschränkt, sondern lediglich der Ausdruck des als selbstverständlich anzunehmenden Grundsatzes, daß ein Streit, dessen Voraussetzungen fortgefallen sind, dadurch zwangsläufig als gegenstandslos und in der Hauptsache erledigt angesehen werden muß. Daß die Zivilprozeßordnung allein für das Verfahren in Ehe- und Statusprozessen eine gesetzliche Regelung enthält, ergibt sich aus den diesen Prozeßarten eigentümlichen Verfahrensvorschriften. Der Ehe- und Statusprozeß steht unter dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit von Amts wegen. Es kann daher den Parteien nicht überlassen bleiben, ob sie die tatsächliche Erledigung der Hauptsache vortragen und damit zum Gegenstand der Verhandlung machen wollen, sondern der Richter muß in der Lage sein, die Erledigung der Hauptsache von Amts wegen bei seiner Entscheidung berücksichtigen zu können.

Außerhalb der Zivilprozeßordnung ist dieses allgemeine Prinzip noch besonders zum Ausdruck gebracht in dem § 82 des Aufwertungsgesetzes und in dem Gesetz über die Verzinsung von Aufwertungshypotheken.

§ 3.

Der Kläger, der die Erklärung abgibt, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, will dadurch erreichen, daß die Rechtshängig-

keit der Hauptsache ohne sachliche Entscheidung erlischt. Gegenstand des Prozesses sollen von nun an allein noch die Kosten sein.

Die prozessuale Bedeutung dieser Erklärung ist sehr umstritten. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung erwähnen sie jedenfalls nicht. Ihre Eingliederung in die Systematik des geltenden Prozeßrechts kann daher allein durch Bezugnahme auf entsprechende Vorschriften der Zivilprozeßordnung erfolgen. Hierbei ergibt sich jedoch die Schwierigkeit, daß die Erledigungserklärung ihrem reinen Wortlaut nach durchaus verschiedene Deutungen zuläßt und daher, wie jede Willenserklärung gemäß § 133 BGB. dem Willen des Erklärenden entsprechend ausgelegt werden muß. Die sich hierbei bietenden Möglichkeiten sind in Literatur und Rechtsprechung eingehend erörtert worden. Die Zeichnung der rechtlichen Natur der Erledigungserklärung läßt eine vorherige Stellungnahme zu den hierzu vertretenen Auffassungen erforderlich erscheinen.

§ 4.

Gemeinsame Elemente mit der Erledigungserklärung weisen die Bestimmungen über die Klagrücknahme, den Klageverzicht und die Klagänderung auf. Aus diesen Gründen wird die Erledigungserklärung fast allgemein der einen oder anderen der genannten Prozeßhandlungen gleichgesetzt.

A.

Verschiedene Schriftsteller sehen in der Erledigungserklärung stets eine Klagrücknahme. (Ederheimer, a. a. O., S. 63/64; Mannherz, a. a. O., Seite 76/77; Gerson, a. a. O., Seite 265; RGZ. Bd. 65, 36; Bd. 100, 123.) Sie gehen davon aus, daß der Kläger, der die Erklärung abgebe, der Rechtsstreit habe sich in der Hauptsache erledigt, damit zum Ausdruck bringe, daß er seinen Klageanspruch nicht mehr aufrecht erhalten wolle. Die Erklärung sei daher sachlich nichts anderes als eine Klagerücknahme.

Es ist allerdings richtig, daß die Klagerücknahme nicht ausdrücklich erfolgen muß. Erforderlich ist lediglich ein Verhalten des Klägers, das den Schluß rechtfertigt, er beabsichtigte den Klaganspruch nicht mehr weiter durchzuführen. Ein derartig schlüssiges Verhalten ist besonders in dem Fallenlassen von Anträgen gegeben. Schließlich kann auch nicht bestritten werden, daß der Kläger, der den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und nur noch die Verurteilung des Beklagten in die Kosten begehrt, damit den ursprünglich zur Hauptsache gestellten Antrag fallen läßt. Trotzdem kann das Verhalten des Klägers nicht als Klagrücknahme gewertet werden. Ederheimer (a. a. O., S. 61 ff.), der das Fallenlassen

von Anträgen ausnahmslos als Klagrücknahme ansieht, und Mannherz (a. a. O., S. 82 ff.), der nur dann die Erledigungserklärung nicht als Klagerücknahme bezeichnet, wenn sich die Hauptsache dadurch erledigt hat, daß der Beklagte den Kläger befriedigte, verkennen das Wesen der Klagrücknahme.

Die Klagrücknahme ist eine prozessuale Erklärung. Sie enthält nichts weiter, als die Erklärung des Klägers, daß er seinen Anspruch in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht weiter zu verfolgen beabsichtige. Aus welchen Gründen der Kläger zur Klagrücknahme veranlaßt worden ist, spielt keine Rolle. Kann somit der Kläger vor der ersten mündlichen Verhandlung ohne weiteres (§ 271, I ZPO.) und später mit Einwilligung des Gegners durch einseitige Erklärung eine weitere Verhandlung über den Streitgegenstand unmöglich machen, ohne auch nur verpflichtet zu sein, einen Grund für sein Verhalten anzuführen, so muß er auf der anderen Seite gemäß § 271, II ZPO. auf jeden Fall die Kosten tragen und sein Gegner kann bis zur Erstattung der Kosten die Einlassung in derselben Angelegenheit in einem erneuten Prozeß verweigern.

Die Klagrücknahme ist daher völlig abstrakt. Anders die Erledigungserklärung. Der Kläger will in diesem Fall zwar auch, daß über den Hauptanspruch nicht mehr verhandelt wird. Er will dies aber nicht wie bei der Klagrücknahme aus dem Grunde, weil er z. B. seine Position für aussichtslos hält und daher keinen Wert mehr auf eine weitere Verhandlung legt, sondern weil im Verlaufe des Rechtsstreits der Klaganspruch gegenstandslos geworden ist. Er will keineswegs, wie im Falle der Klagrücknahme, die Kosten des Rechtsstreits tragen, sondern im Gegenteil eine Verurteilung des Prozeßgegners in die Kosten erzielen, weil er das Verfahren mit Recht angestrengt, jener sich zu Unrecht geweigert habe. Die Erledigungserklärung beruht daher im Gegensatz zur Klagrücknahme auf materiellen Gründen, die erforderlichenfalls vom Kläger darzulegen und zu beweisen sind (Gmelin, Sp. 1293).

Aus diesen Gründen halte ich es für abwegig, die Erledigungserklärung als Klagrücknahme anzusehen (ders. Ans.: Stein-Jonas, III zu § 91; Lazarus, a. a. O., S. 595 ff.; Salinger, a. a. O., S. 86; RG. in JW. 1911, S. 591; JW. 1919, S. 557). War jedoch die Klage bereits im Zeitpunkt ihrer Erhebung unbegründet oder ist in Wirklichkeit ein Erledigungsgrund nicht vorhanden, dann ist allerdings die Erledigungserklärung sachlich nichts anderes als eine in ein anderes Gewand gekleidete Klagrücknahme. In diesen Fällen kann von einer Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nicht die Rede sein. Die Beurteilung der Erledigungserklärung bietet daher in derartigen Fällen keinerlei rechtliche Schwierigkeiten.

B.

Abgesehen von der soeben abgelehnten Auffassung, daß die Erledigungserklärung als Klagrücknahme anzusehen sei, wird in der Literatur besonders von Kisch (Recht 1924, S. 1 ff.) und Hellwig (System, S. 442 ff.) die Meinung vertreten, daß in der Erledigungserklärung ein Klageverzicht zu erblicken sei.

Der Klageverzicht ist die einseitige Erklärung des Klägers, daß der geltend gemachte Anspruch nicht bestehe. Er bedarf keiner besonderen Form und seine rechtliche Wirkung ist nicht von der Annahme des Prozeßgegners abhängig. Daraus folgt, daß der Klageverzicht auf den dem Streitgegenstand zu Grunde liegenden Anspruch einflußlos ist, insbesondere kann er niemals als selbständiger Erlöschungsgrund, wie z. B. die Erfüllung oder der Erlaß, angesehen werden. Die materielle Rechtslage zwischen den Parteien wird daher durch die Tatsache, daß der Kläger eine prozessuale Verzichterklärung abgibt, nicht beeinflußt. Die alleinige Wirkung des Klageverzichts zeigt sich darin, daß der Richter auf Grund der Verzichterklärung nicht mehr in der Lage ist, in eine Prüfung des Klaganspruchs einzutreten, sondern daß er auf Antrag des Beklagten den Kläger mit der Klage abzuweisen und in die Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen hat (§§ 306, 91 ZPO.). Ob in Wirklichkeit der Klageanspruch noch besteht oder aus irgendwelchen Gründen untergegangen ist, kann in keiner Weise mehr berücksichtigt werden.

Gegen die Meinung Kisch's, der die Erledigungserklärung dem Klageverzicht gleichstellt, bestehen erhebliche Bedenken. Auch Kisch steht auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre, daß der Klageverzicht als eine Prozeßerklärung angesehen werden muß und keineswegs als materiellrechtliche rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Die Erledigungserklärung ist jedoch niemals von der materiellen Rechtslage zu lösen. Der Kläger, der die Erklärung abgibt, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt, ist in jedem Falle genötigt, die Tatsachen vorzutragen, aus denen der Untergang des ursprünglich mit der Klage geltend gemachten Anspruchs zu folgern ist. Der Richter hat daher genauestens zu prüfen, ob die von dem Kläger vorgetragenen Tatsachen das Erlöschen des Klagbegehrens rechtfertigen, denn nur in diesem Falle ist die Erledigungserklärung gerechtfertigt. Die Erledigungserklärung hat demnach das tatsächliche Erlöschen des Klaganspruchs zur unerläßlichen Voraussetzung, während gerade im Falle des Klageverzichts das Bestehen oder Nichtbestehen des Klageanspruchs bedeutungslos ist.

Kisch meint nun, daß der Annahme eines Klageverzichts nicht die Tatsache entgegenstehe, daß der Anspruch nicht mehr bestehe, da der Klageverzicht lediglich die Erklärung des Einverständnisses

enthalte, daß der Anspruch als ein nicht (nicht mehr) bestehender behandelt werde. Er ist ferner der Ansicht, daß der Klageverzicht nicht dadurch aus der Welt geschaffen werde, daß er in die Form einer Beschränkung des Antrages auf die Kosten eingekleidet werde. Diese Auffassung wird jedoch dem Willen des Klägers nicht gerecht. Der Kläger, der den Klaganspruch in der Hauptsache für erledigt erklärt, gibt damit klar zum Ausdruck, daß er eine richterliche Entscheidung seines Klagbegehrens nicht mehr wünscht. Der Klageverzicht führt aber auf Antrag des Beklagten zu einer Abweisung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs, die ja der Kläger auf jeden Fall vermeiden will (§ 306 ZPO.). Außerdem führt er zu einer Verurteilung des Klägers in die Kosten des Rechtsstreits. Kisch, der im Falle der Erledigungserklärung diese Folgerung vermeiden will, will dem Beklagten in entsprechender Anwendung des § 93 ZPO. zur Tragung der Prozeßkosten verurteilen. Er meint, daß die Entscheidung über die Kosten in allen Fällen, auch wenn der Kläger mit der Klage abgewiesen werde, davon abhängig sei, ob die Klage von Anfang an prozessual zulässig und materiell begründet war oder nicht. Wenn im Verlaufe des Rechtsstreits eine ursprünglich begründete Klage nachträglich unbegründet geworden sei und der Kläger aus der veränderten Rechtslage sofort die erforderliche Konsequenz ziehe und anerkenne, daß er nunmehr mit der Klage nicht mehr durchdringen könne, so müßte der Kläger zwar abgewiesen, der Beklagte aber in die Kosten verurteilt werden.

Diese Auffassung ist jedoch mit dem Wesen des Klageverzichts nicht in Einklang zu bringen. Liegt ein Klageverzicht vor, so ist damit eine Prüfung in der Richtung, ob die Klage ursprünglich begründet war oder nicht, unzulässig, der Kläger ist in die Kosten zu verurteilen und zwar auch dann, wenn sein Anspruch begründet sein sollte. Kisch, der trotzdem im Falle der Erledigungserklärung in eine sachliche Prüfung der Klagforderung eintreten will, verläßt damit selbst den Boden des Klageverzichts.

Mit Recht wird daher die Auffassung Kisch's überwiegend abgelehnt (Stein-Jonas, § 91, III; Baumbach, § 91 D; Bendix in JW. 26, S. 782; RGZ. Bd. 101, 163; Bd. 114, 251).

C.

Wie wir bereits gesehen haben, ist es nicht angängig, die Erledigungserklärung als Klagerücknahme oder gar als Klageverzicht anzusehen. Da jedoch die Zulässigkeit der Erledigungserklärung außer jedem Zweifel steht, hat das Bestreben, diesen prozessualen Vorgang dem System des geltenden Prozeßrechts einzugliedern, in Rechtsprechung und Literatur zu der Auffassung geführt, daß es sich bei der Erledigungserklärung um einen in § 268 ZPO. aus-

drücklich für zulässig erklärten Fall der Antragsänderung handele. Bevor hierzu des Näheren Stellung genommen werden kann, müssen wir uns kurz die einzelnen in § 268 ZPO. aufgeführten Fälle vergegenwärtigen.

Diese Bestimmung führt drei Einzelfälle der Aenderung des Klagantrages auf, die nach dem Willen des Gesetzgebers niemals als eine Klageänderung angesehen werden sollen. Es bedarf keiner näheren Erörterung, daß die als erster Fall angeführte Ergänzung der tatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen des Klagevortrages im Rahmen der vorliegenden Arbeit ohne Interesse ist, da sie eine direkte oder analoge Anwendung auf den Fall der Erledigungserklärung begriffsmäßig nicht gestattet.

Für die Frage, ob die Erledigungserklärung als eine zulässige Antragsänderung angesehen werden kann, kommen daher allein die unter Ziffer 2 und 3 geregelten Möglichkeiten in Betracht. Zum näheren Verständnis sei ihr Wortlaut wiedergegeben:

„Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klaggrundes

1. Der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird,

2. Statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird."

a) Schlichter (a. a. O., S. 499 ff.) will in der Erledigungserklärung eine Beschränkung des Klageantrages auf die Kosten im Sinne des § 268 Ziff. 2 sehen. M. E. ist es jedoch nicht angängig zu sagen, daß der Kläger, der die Hauptsache für erledigt erklärt und nur noch die Verurteilung des Beklagten in die Kosten beantragt, damit seinen ursprünglichen Antrag auf die Kosten ermäßige. Diese Auffassung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Kosten, die dem Beklagten durch Urteil nach dem Antrage des Klägers auferlegt werden sollen, als Nebenforderung der Hauptsache angesehen werden können. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht gegeben. Der Begriff der Nebenforderungen ist in der Zivilprozeßordnung nicht definiert. Jedoch weist schon ihre Bezeichnung als Nebenforderung auf eine rechtliche Abhängigkeit von der Hauptforderung hin. Es ist daher festzustellen, daß unter Nebenforderung nur solche Ansprüche verstanden werden können, die in einem rechtlichen Verhältnis zu dem in erster Linie geltend gemachten Hauptanspruch stehen, in dem Sinne, daß sie in ihrer Entstehung von dem Bestehen der Hauptforderung abhängig sind. Die von dem Kläger behauptete Verpflichtung des Beklagten zur Tragung

der Prozeßkosten ist jedoch in ihrer Entstehung in keiner Weise von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Hauptanspruchs abhängig, sondern entsteht allein durch die Tatsache der Prozeßführung kraft Gesetzes. Sie kann daher nicht als Nebenforderung des Hauptanspruchs angesehen werden. Diese Auffassung wird durch § 308, II ZPO. bestätigt, der besagt, daß eine Verurteilung des unterlegenen Beklagten in die Prozeßkosten von Amts wegen ohne Antrag zu erfolgen hat, während gemäß § 308, I, S. 2 ZPO. das Gericht Nebenforderungen nur auf einen entsprechenden Antrag zusprechen darf.

Die Erledigungserklärung kann daher nicht als eine Ermäßigung der Klagforderung auf die Kosten im Sinne des § 268, Ziff. 2 angesehen werden.

b) Eine weitere Meinung will die Zulässigkeit der Erledigungserklärung unmittelbar aus § 268, Ziff. 3 herleiten (Stölzel, Schulung, Bd. 2, S. 34; Marquardt, S. 468). Danach sei die Erklärung des Klägers, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt und er begehre nur noch die Verurteilung des Beklagten in die Kosten, als eine Ersetzung des ursprünglichen Klagegegenstandes durch einen anderen zu werten. Diese Auffassung ist jedoch durch den Wortlaut des § 268, Ziff. 3 nicht zu rechtfertigen.

Im Rahmen des § 268 ZPO. soll dem Kläger aus Billigkeitsgründen die Möglichkeit gegeben werden, sich einer nach Rechtshängigkeit eingetretenen Veränderung der Sachlage anpassen zu können, ohne — wie im Falle der Klageänderung — auf die Einwilligung des Beklagten oder das Ermessen des Gerichts angewiesen zu sein (§ 264 ZPO.). Aus diesem Grunde soll u. a. eine Aenderung des Klageantrages dann nicht als eine Klageänderung angesehen werden, wenn statt des ursprünglichen Gegenstandes ein anderer, insbesondere das Interesse verlangt wird, z. B. der Kläger verlangt statt des untergegangenen Leistungsgegenstandes Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder statt der Sache gemäß § 281 BGB. Abtretung des Ersatzanspruches. Daraus erhellt, daß der neue Klaggegenstand in einem rechtlichen Zusammenhang zu dem ursprünglichen Klageanspruch stehen und bisher noch in keinen Weise, weder unmittelbar noch mittelbar Gegenstand des Rechtsstreits gewesen sein darf. Beantragt der Kläger aber nach Erledigung der Hauptsache nur noch, dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen, so macht er damit keineswegs einen neuen Anspruch geltend, der als Surrogat oder als Interesse des ursprünglichen angesehen werden kann, da Kostenersatz von vornherein neben dem Hauptantrage gefordert war.

Denn der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten ist, wie bereits ausgeführt, nicht als eine Nebenforderung des Hauptanspruchs anzusehen, sondern entsteht kraft Gesetzes allein durch die Tatsache der Prozeßführung. Eine Verurteilung der unterlegenen Partei in die

Kosten des Rechtsstreits erfolgt deshalb nicht etwa aus dem Grunde, weil der obsiegende Teil einen zivilrechtlichen Anspruch darauf hat, daß sein unterlegener Gegner die Verfahrenskosten und die sonstigen erstattungsfähigen Kosten der Rechtsverfolgung ersetze, sondern allein aus dem Grunde des tatsächlichen Unterliegens. Die Kosten des Rechtsstreits können daher niemals nachträglich zum alleinigen Gegenstand des Prozesses gemacht werden. Wäre dies der Fall, so wäre der Kläger verpflichtet, einen ziffernmäßig genau begrenzten Antrag zu stellen, und darüber hinaus hätte das Gericht in diesem Falle auch eine Entscheidung über die Kosten dieses Rechtsstreits zu treffen.

c) Wenn auch eine direkte Anwendung des § 268, Ziff. 3 auf die Erledigungserklärung nicht angängig ist, so steht doch m. E. einer analogen Anwendung des in § 268, Ziff. 3 zum Ausdruck gelangten Rechtsgedankens nichts im Wege. Wie bereits dargelegt wurde, soll dem Kläger in einzelnen Fällen die Möglichkeit gegeben werden, einer veränderten Sachlage durch Aenderung des Klageantrages Rechnung tragen zu können, ohne auf das Einverständnis seines Prozeßgegners oder die Zustimmung des Gerichts angewiesen zu sein. Aus diesem Grunde soll in den in § 268 ZPO. geregelten Fällen eine Aenderung des Antrages nicht als eine Klageänderung angesehen werden.

Im Falle der Erledigungserklärung liegt die Sachlage ähnlich. Der Kläger, dessen Anspruch durch außerhalb des Rechtsstreits liegende Ereignisse gegenstandslos geworden ist, hat nicht mehr die Möglichkeit, mit seinem ursprünglich gestellten Antrage durchzudringen. Die Billigkeit erfordert es, auch in diesem Falle dem Kläger zu gestatten, seinen Antrag der veränderten Sachlage anzupassen, ohne den Einwand der Klageänderung befürchten zu müssen. Es ist allerdings richtig, daß im Rahmen des § 268, Ziff. 3 ZPO. der Uebergang von dem ursprünglichen Hauptanspruch zu einem neuen Anspruch erforderlich ist, und daß die Prozeßkosten im Falle der Erledigungserklärung bereits vor der Erledigungserklärung entstanden und nicht nachträglich zu einem selbständigen Hauptanspruch werden.

Aus diesen Gründen wurde auch die direkte Anwendungsmöglichkeit des § 268, Ziff. 3 auf die Erledigungserklärung abgelehnt. Die Ansicht von Henssler (a. a. O., S. 21), der auch eine analoge Anwendung ablehnt, vermag ich nicht zu teilen. Da der Kläger, wenn er nicht kostenpflichtig abgewiesen werden will, gar nicht in der Lage ist, seinen Antrag aufrecht zu erhalten, so erfordert es die Gerechtigkeit, den § 268, Ziff. 3 analog auf die Fälle auszudehnen, wo ohne die Annahme einer zulässigen Klageänderung nicht auszukommen ist.

(Zustimmend die herrschende Lehre, z. B. Stein-Jonas, III, Abs. 2 zu § 91; Lazarus, a. a. O., S. 610; Weiss, a. a. O., S. 31; RG. in JW. 1919, S. 505; OLG. Kiel in Rechtspr. Bd. 9, S. 139.)

Auch Henssler gibt selbst zu, daß ein Bedürfnis dafür besteht, dem Kläger die Möglichkeit zu geben, seinen Antrag nach der materiellen Erledigung des Klaganspruchs der neuen Sachlage entsprechend zu gestalten. Da Henssler ferner in der Erledigungserklärung mit Recht keine Klagrücknahme oder gar einen Klageverzicht sieht, so will er die prozessuale Zulässigkeit der Erledigungserklärung damit begründen, daß er sie als einen Antrag auf Erlaß eines Urteils auffaßt, durch das die Erledigung in der Hauptsache herbeigeführt werden soll. Er ist der Meinung, daß die Erledigungserklärung nicht als eine Bewirkungshandlung anzusehen sei, die selbständig innerhalb des Verfahrens die von ihr gewollte Prozeßlage begründet, sondern daß sie als eine Prozeßhandlung aufgefaßt werden müsse, die das Gericht zu einer bestimmten Entscheidung veranlassen soll. Das Gericht habe auf Grund der Erledigungserklärung die Voraussetzungen der Erledigung der Hauptsache zu prüfen und darauf die Erledigung durch Urteil auszusprechen. Dieses Urteil enthalte eine Entscheidung „zur Hauptsache", wenn es auch in der Hauptsache selbst keine Entscheidung treffe.

Diese Auffassung ist nicht zu vertreten. Es ist nicht richtig, daß die Erledigung der Hauptsache erst durch eine diesbezügliche Entscheidung des Gerichts herbeigeführt werden kann, und daß die Entscheidung des Gerichts, die die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ausspricht, auf jeden Fall als eine Entscheidung in der Hauptsache angesehen werden und daher auch mit der Berufung oder Revision angegriffen werden muß.

Erklären die Parteien übereinstimmend den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt oder, was dem gleichsteht, widerspricht der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht, so ist damit das Verfahren beendet. Die Tatsache, daß die Parteien noch über die Kosten streiten, steht dem nicht entgegen, da im Sinn der Zivilprozeßordnung das Verfahren selbst dann beendet sein kann, wenn noch über die Kosten gestritten wird und entschieden werden muß. (Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt aus den §§ 98, 271, III ZPO. Zustimmend Rosenberg, S. 471.) Das Gericht ist daher nicht mehr in der Lage, eine Entscheidung in der Hauptsache zu treffen, da es gemäß § 308 ZPO. an die Anträge der Parteien gebunden ist. Die Parteien haben aber übereinstimmend zum Ausdruck gebracht, daß sie eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr wünschen. Hierbei ist es völlig unerheblich, ob die sachlichen Voraussetzungen der Erledigungserklärung gegeben sind oder nicht. Denn das gel-

tende Prozeßrecht steht — abgesehen von dem Verfahren in Ehe- und Kindschaftssachen — auf dem Boden der Parteidisposition. Dies bedeutet, daß der Richter seiner Entscheidung nur den Sachverhalt zu Grunde legen darf, der ihm von den Parteien vorgetragen wird, dagegen nicht in der Lage ist, seine aus anderen Quellen herrührende Kenntnis des der Klage zu Grunde liegenden Sachverhalts bei seiner Entscheidung zu verwerten. Aus diesem Grunde darf der Richter, wenn ihm die Parteien übereinstimmend erklären, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, hierüber keine Entscheidung mehr treffen, sondern er hat die Hauptsache als erledigt zu betrachten, selbst wenn in Wirklichkeit der Klageanspruch keineswegs gegenstandslos geworden sein sollte. In diesem Falle braucht er die Erledigung der Hauptsache lediglich im Urteilstatbestand zu erwähnen, eine besondere Feststellung der Erledigung im Tenor ist dagegen nicht erforderlich. Geschieht es aber trotzdem, so hat dieser Teil des Urteilstenors nicht, wie Henssler meint, die Bedeutung einer durch Sachurteil herbeigeführten Erledigung der Hauptsache, sondern er enthält, wie Salinger (a. a. O., S. 81) zutreffend bemerkt, nichts weiter als eine Beurkundung der Parteierklärungen, dagegen keine prozessuale Entscheidung (RG. 46, 347/8; 114, 232). Es handelt sich daher in diesem Fall um ein reines Kostenurteil, das gemäß § 99, Ziff. 3 ZPO. mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden muß.

Erklärt dagegen nur eine Partei die Erledigung der Hauptsache, während die andere widerspricht, weil sie die Voraussetzungen der Erledigung bestreitet und bei ihrem Antrage zur Hauptsache verbleibt, dann hat das Gericht, falls die Erledigungserklärung zulässig war, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und allein über die Kosten zu entscheiden. Dies ist jedoch eine Entscheidung zur Hauptsache (conf. Stein-Jonas, III zu § 91), die mit den ordentlichen Rechtsmitteln der Berufung und Revision angefochten werden kann. Das Gericht entscheidet aber nicht, wie Henssler meint, über die Erledigung der Hauptsache. Denn war die Erledigungserklärung zulässig, und das ist sie nur, wenn die Hauptsache tatsächlich erledigt ist, dann ist eine Entscheidung des Gerichts, die erst mit rechtsgestaltender Wirkung die Erledigung der Hauptsache herbeiführen soll, nicht mehr denkbar. Das Gericht entscheidet auch nicht über die Zulässigkeit der in der Erledigungserklärung liegenden Klageänderung, sondern über den Sachantrag des Beklagten, der trotz Erledigung der Hauptsache noch eine Entscheidung zur Sache begehrt (so Lazarus, a. a. O., S. 640; Salinger, a. a. O., S. 93), obwohl er nach Erledigung der Hauptsache nicht mehr das Recht hat, die Abweisung der Klage zu verlangen.

Zusammenfassend stellen wir uns daher auf den Standpunkt, daß in der Erledigungserklärung eine in analoger Anwendung des § 268, Ziff. 3 zulässige Klageänderung zu sehen ist.

§ 5.

A.

Wie wir bereits gesehen haben, tritt die Beendigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne weiteres ein, wenn die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklären. Die urteilsmäßige Feststellung, der Rechtsstreit wird in der Hauptsache für erledigt erklärt, enthält in diesem Falle keine prozessuale Entscheidung, sondern allein eine Wiedergabe der von den Parteien abgegebenen Erklärungen. Das Gericht ist daher der Verpflichtung enthoben, die sachlichen Voraussetzungen der Erledigungserklärung nachprüfen zu müssen. Erklärt dagegen nur eine Partei den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt und stellt sie nur noch einen Antrag hinsichtlich der Kosten, so hängt die prozessuale Zulässigkeit der Antragsänderung von der tatsächlichen Erledigung des Klaganspruchs ab.

Das Gericht hat daher in diesem Falle zu prüfen, ob der von der Partei vorgetragene Sachverhalt die Erledigung der Hauptsache ergibt. Es wird sich hierbei die Frage vorlegen müssen, mit der auch wir uns im Folgenden eingehend zu befassen haben werden:

Wann ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt?

Rechtssprechung und Wissenschaft haben als unerläßliche Voraussetzung der Erledigungserklärung den Grundsatz entwickelt, daß die Klage bis zum Eintritt des die Erledigung bewirkenden Umstandes prozessual zulässig und materiell rechtlich begründet gewesen sein muß (Baumbach, 2 D. zu § 91; Förster-Kann 1 b; Gerson, a. a. O., S. 267; Salinger, a. a. O., S. 92). Diese Auffassung rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß es allein Gründe der Billigkeit sind, die dazu geführt haben, die Erledigungserklärung in analoger Anwendung des § 268, Ziff. 3 ZPO. für zulässig zu erklären, da man dem Kläger, dessen Anspruch im Verlaufe des Rechtsstreits gegenstandslos geworden war, die Möglichkeit geben wollte, seinen ursprünglichen Antrag, mit dem er nunmehr nicht mehr durchdringen konnte, in einen reinen Kostenantrag zu verwandeln. Diese Erwägungen müssen dazu führen, einem Kläger, dessen Klage schon im Zeitpunkt der Klageerhebung unbegründet war, diese Vergünstigung zu versagen. Er muß in diesen Fällen kostenpflichtig mit seiner Klage abgewiesen werden. Die Tatsache, daß außerdem im Verlaufe des Rechtsstreits ein Ereignis eingetreten sein sollte, das im Falle des Bestehens des Klageanspruchs zu seiner Erledigung geführt haben würde, kann nicht zu einer anderen

Beurteilung führen; denn auch in diesem Falle erscheint es durchaus nicht unbillig, die Klage abzuweisen. Die abweichende Auffassung von Lazarus (a. a. O., S. 638) und Weiss (a. a. O., S. 37) kann nicht geteilt werden. Es kann nicht als richtig anerkannt werden, daß die Zulässigkeit der Erledigungserklärung dann nicht davon abhängen könne, ob der Klageanspruch selbst begründet ist, wenn die Klagerücknahme ohne Einwilligung des Gegners noch zulässig sei. Erklärt der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt und war sein Anspruch bei Klageerhebung unbegründet, dann ist seine Erledigungserklärung nichts weiter als eine gewöhnliche Klagerücknahme.

Wird der Klageanspruch zwar nach der Klageeinreichung, aber vor ihrer Zustellung befriedigt, dann hat der Kläger gleichfalls eine unbegründete Klage erhoben. Die von Salinger (a. a. O., S. 91) vertretene Ansicht, daß auch in diesem Falle das Gericht nur eine Entscheidung über die Kosten fällen könne, entspricht zwar der Billigkeit, ist aber mit den Vorschriften der Zivilprozeßordnung nicht zu vereinbaren, insbesondere kann nicht anerkannt werden, daß dieses Urteil die Rechtshängigkeit der Sache endgültig erledige, ohne die Hauptsache anhängig zu lassen. Auch wird sich der Beklagte nicht mit der Erklärung des Klägers zufrieden geben, daß die Hauptsache erledigt sei, sondern der Beklagte ist in höchstem Maße daran interessiert, daß die gegen ihn nach Zahlung erhobene Klage abgewiesen wird. Der Kläger ist daher darauf angewiesen, die Kosten dieses Prozesses in einem erneuten Prozeß von dem Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens ersetzt zu verlangen. Eine Möglichkeit, diese Kosten in dem ersten Verfahren durch Aenderung des Klageantrages geltend zu machen, besteht dagegen nicht, da eine Erledigung der Hauptsache nicht gegeben ist.

Wenn der Kläger trotzdem den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, den Beklagten in die Kosten zu verurteilen, so kann diese Erklärung, da die Voraussetzungen der Erledigung, wie bereits ausgeführt, nicht gegeben sind, allein die Bedeutung einer gewöhnlichen Klageänderung haben. Die Bestimmung des § 268 ZPO. kann darauf keine Anwendung finden, da die dort geregelten Fälle nur dann nicht als Klageänderung angesehen werden sollen, wenn der Klagegrund trotz Aenderung des Antrages der gleiche bleibt. Geht aber der Kläger von seiner von Anfang an unbegründeten Klage zu einem reinen Kostenantrage über, so liegt darin eine Aenderung des Klagegrundes. Der Kläger kann seinen Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf eine schuldhafte Vertragsverletzung des Beklagten, auf Verzug oder unerlaubte Handlung stützen. Die seinen Anspruch rechtfertigenden Tatsachen sind von ihm vorzutragen. Es erübrigt sich daher, bei

dieser Gelegenheit die verschiedenen über den Klagegrund in der Wissenschaft aufgestellten Theorien zu erörtern, da sowohl nach der herrschenden Substantiierungstheorie, wie nach der Individualisierungstheorie eine Klageänderung anzunehmen ist.

Ob diese Klageänderung als sachdienlich zuzulassen ist (§ 264 ZPO.), was Weiss (Gruchot, S. 306) bejaht, ist eine andere Frage, die mit der Erledigung der Hauptsache nichts zu tun hat.

B.

Es ist davon auszugehen, daß die Erledigung der Hauptsache allein auf solche Umstände zurückzuführen sein muß, die nach der Rechtshängigkeit eingetreten sind. Die Gründe, die den Streit der Parteien als gegenstandslos erscheinen lassen, können verschiedener Natur sein. Im Folgenden sollen die hauptsächlichsten Fälle der Erledigung kurz dargestellt werden. Eine genaue Abgrenzung der einzelnen, inhaltlich von einander zum Teil recht erheblich verschiedenen Tatbestände ist besonders für die Frage, welcher Partei bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache die Prozeßkosten aufzuerlegen sind, von besonderer Bedeutung.

Der gewöhnlichste Fall der Erledigung liegt dann vor, wenn der mit der Klage geltend gemachte Anspruch im Verlaufe des Prozesses durch Erfüllung gemäß § 362 BGB. erlischt. Die Erfüllung kann entweder von dem Beklagten oder von einem Dritten vorgenommen werden. Der Beklagte wiederum kann die von ihm beanspruchte Leistung erbringen, weil er seine Verpflichtung anerkennt, oder aber unter Vorbehalt, indem er bei der Leistung ausdrücklich gegen die von dem Beklagten behauptete Rechtspflicht Verwahrung einlegt. In letzterem Falle kann von einer Erledigung der Hauptsache nicht die Rede sein, weil die Tatsache der Erfüllung eingeschränkt wird und der Kläger ein Interesse an der Feststellung der von dem Beklagten bestrittenen Schuld hat.

Rechnet nach Rechtshängigkeit der Beklagte mit einer bereits vor Rechtshängigkeit entstandenen Gegenforderung auf, so ist damit die Klageforderung mit rückwirkender Kraft gemäß § 389 BGB. erloschen. Trotzdem handelt es sich hierbei um einen Fall der Erledigung der Hauptsache, da die zivilrechtliche Wirkung der Aufrechnungserklärung nicht die Tatsache aus der Welt schaffen kann, daß jedenfalls bis zum Zeitpunkt der nach Rechtshängigkeit erfolgten Aufrechnung ein Anspruch des Klägers vorhanden war. (So richtig Lang, a. a. O., S. 62.) Dieser Fall ist keineswegs (wie Kilber, a. a. O., S. 24) dem Falle gleichzusetzen, daß dem Beklagten gegen die Klageforderung eine peremptorische Einrede zusteht, von der er im Prozeß Gebrauch macht, da der Beklagte, der eine Einrede geltend macht, damit die Leistung verweigert, während im

Falle der Aufrechnung der Beklagte den Anspruch erfüllt. Denn die Aufrechnung ist eine Art der Erfüllung. Die Aufrechnung im Prozeß kann daher trotz ihrer zivilrechtlichen Rückwirkung nicht anders als eine nach Rechtshängigkeit erfolgte Erfüllung behandelt werden.

Der Anspruch kann aber auch dadurch erlöschen, daß durch im Verlaufe des Rechtsstreits eintretende Umstände die rechtliche Grundlage des Klageanspruchs fortfällt. Ein typisches Beispiel dieser Art ist der Fall der Gesetzesänderung, durch die ein bei Klageerhebung unzweifelhaft bestehender Anspruch nachträglich in Folge einer Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen als nicht bestehend angesehen werden muß. In diesem Zusammenhang sei als Beispiel für den Fall einer Gesetzesänderung auf die Bestimmungen des Art. 201 des EGBGB. hingewiesen, die besagt, daß mit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die von einer Partei eines anhängigen Ehescheidungsprozesses vorgetragenen, nach altem Recht gegebenen Ehescheidungsgründe ihre Wirksamkeit verlieren sollen, wenn nicht auch das neue Recht aus diesen Gründen die Ehescheidung aussprechen kann.

Der Klageanspruch entfällt ferner bei Untergang des mit der Klage verlangten Gegenstandes, wenn die dadurch eingetretene Unmöglichkeit der Leistung nicht auf ein Verschulden des Verpflichteten zurückzuführen ist, da andernfalls der Schuldner weiter verhaftet bleibt und zum Schadenersatz verpflichtet ist. Der, vom Standpunkt des Beklagten aus gesehen, zufällige Untergang des Streitgegenstandes kann mit oder ohne Verschulden des Klägers herbeigeführt sein.

Schließlich kann der Klageanspruch dadurch gegenstandslos werden, daß die tatsächlichen Voraussetzungen, an die das Gesetz das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs knüpft, im Verlaufe des Rechtsstreits fortfallen, z. B. einem Vater, der auf Herausgabe seines minderjährigen Sohnes gemäß § 1632 BGB. klagt, wird vom Vormundschaftsgericht die Personensorge entzogen.

C.

Ist einer der soeben dargestellten Fälle der Erledigung gegeben, so ist die Erledigungserklärung in Analogie des § 268, Ziff. 3 ZPO. zulässig. Damit ist jedoch noch nicht die Frage geklärt, ob der Kläger den Erledigungsgrund sofort in der nächsten mündlichen Verhandlung geltend machen und seinen Antrag auf die Kosten umstellen muß, oder ob er sich noch in späteren Verhandlungsterminen mit Erfolg auf die nach der Rechtshängigkeit eingetretene Erledigung berufen kann.

Mit Recht vertritt Lazarus (a. a. O., S. 611) die Auffassung, daß ein Grund, den § 268, Ziff. 3 ZPO. analog anzuwenden, nur gegeben sei, wenn sich der Kläger prozessual korrekt verhalte, d. h. seinen Anspruch alsbald nach Kenntnis von der nachträglichen Beendigung des Anspruches fallen lasse. Wie wir bereits des Näheren ausgeführt haben, beruht die Zulässigkeit der Erledigungserklärung allein auf der Erwägung, daß es offenbar unbillig ist, einen Kläger, der eine begründete Klage erhoben hat, die aber während des Prozesses aus bestimmten Gründen unbegründet geworden ist, an seinem ursprünglichen Antrage festzuhalten und damit der Klagabweisung auszusetzen. Beharrt der Kläger aber zunächst bei seinem Antrage, so macht er damit bewußt einen unbegründeten Antrag geltend. Es ist daher nur recht und billig, daß er sich dann später nicht mehr darauf berufen kann, daß sein Anspruch bis zum Eintritt der Erledigung begründet war, sondern er muß sich daher so behandeln lassen, als ob er eine von Anfang an unbegründete Klage erhoben hätte (So KG. in Rechtspr. Bd. 17, S. 104). Erklärt er daher nachträglich den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt, so ist diese Erklärung nicht als eine Erledigungserklärung im eigentlichen Sinne, sondern allein als eine Klagrücknahme zu werten (So auch Weiss, a. a. O., S. 26).

§ 6.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, wie im Falle der Erledigung der Hauptsache über die Kosten zu entscheiden ist. Die Kostenentscheidung kann, da die Erledigungserklärung gegenüber der Klagrücknahme (§ 271, III ZPO.) und dem Klageverzicht (§ 306 ZPO.) eine durchaus selbständige Stellung einnimmt, nur auf die allgemeinen Kostenbestimmungen der §§ 91 ff. ZPO. gestützt werden. Nach welchen Gesichtspunkten aber diese Entscheidung zu treffen ist, ist in Rechtsprechung und Wissenschaft außerordentlich bestritten. Es stehen sich in der Hauptsache zwei grundlegende Meinungen gegenüber, üblicherweise als Unrechts- und Erfolgstheorie bezeichnet, die die Kostenentscheidung unmittelbar aus § 91 ZPO. herleiten. Im Folgenden soll zu ihnen Stellung genommen werden:

A.

Schlichter, S. 560, Salinger, S. 83, RGZ. Bd. 58, S. 416, sehen das Grundprinzip des § 91 ZPO. darin, daß derjenige Teil die Kosten tragen müsse, der sich im Unrecht befinde. Endige der Rechtsstreit durch Urteil, so wirke dies kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung auf die Kostenentscheidung unmittelbar zurück; unterlegen sei dann die Partei, gegen die erkannt worden sei. In allen anderen Fällen müsse zum Zwecke der Kostenentscheidung

ermittelt werden, wie ohne das die Erledigung bewirkende Ereignis zu entscheiden gewesen wäre.

Diese Lehre erscheint mir bedenklich. Sie steht und fällt mit der Behauptung, daß die Kosten der zu tragen habe, der mit Unrecht streite. Ein derartiges Grundprinzip kann jedoch aus den Kostenbestimmungen der Zivilprozeßordnung nicht entnommen werden. Ob eine Partei mit Recht oder Unrecht streitet, ist für die Frage der Kostentragung zunächst völlig unerheblich, sofern sie nur den Prozeß gewinnt. Klagt der Kläger einen von Anfang an unbegründeten Anspruch ein, bestreitet jedoch der Beklagte seine angebliche Zahlungsverpflichtung nicht, so wird er verurteilt und hat die Kosten zu tragen, obwohl niemand bezweifeln kann, daß der Kläger zu Unrecht geklagt hat. Verklagt auf der anderen Seite ein Zessionar den Schuldner und bestreitet dieser den Anspruch allein aus dem Grunde, weil er von der Zession nichts weiß und infolgedessen den Kläger nicht für den Gläubiger hält, so klagt der Kläger zwar mit Recht, denn er hat einen Anspruch gegen den Beklagten. § 94 ZPO. besagt aber ausdrücklich, daß er trotzdem die Kosten zu tragen hat, obwohl er den Prozeß gewinnt.

Die herrschende Meinung will ferner, um eine Grundlage für die Kostenentscheidung zu schaffen, auf die Prozeßlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes zurückgreifen. War bis zu diesem Zeitpunkt die Klage begründet, so soll der Beklagte in die Kosten verurteilt werden, weil damit feststehe, daß er sich zu Unrecht geweigert habe, dem Klagebegehren zu genügen. Die herrschende Lehre will damit die Tatsache der Erledigung der Hauptsache für die Frage der Kostenentscheidung nicht beachten. Sie übersieht dabei jedoch, daß Grundlage jeder Entscheidung allein der Streitstoff sein kann, wie er sich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung darstellt. In diesem Augenblick war aber der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt und ein Obsiegen des Klägers aus diesem Grunde nicht mehr denkbar. Die Tatsache, daß der Klageanspruch, objektiv gesehen, im Verlaufe des Rechtsstreits eine gewisse Zeit lang, nämlich von dem die Erledigung bewirkenden Ereignis bis zur Umwandlung des Klagantrages in einen reinen Kostenantrag unbegründet war, läßt sich nicht aus der Welt schaffen. Ein hypothetisches Unterliegen, auf das die Auffassung der herrschenden Lehre hinauskommt, ist der Zivilprozeßordnung, wie Mannherz (a. a. O., S. 74 ff., vgl. auch KG. in ZZP. 23, S. 204) zutreffend bemerkt, unbekannt.

B.

Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre stellen die Vertreter der Erfolgstheorie (Mannherz, a. a. O., S. 74/75; Förster-Kann,

a. a. O., S. 301; Gmelin, a. a. O., S. 1289; Marquardt, a. a. O., S. 470; OLG. Breslau in Rechtspr. 27, S. 35 ff.) es allein auf den Erfolg des Prozesses ab. Mannherz, einer der Hauptvertreter dieser Lehre, ist der Meinung, daß der Wortlaut des Gesetzes und die Motive klar ergäben, daß die Kostenfolge allein an die Tatsache des Unterliegens im Rechtsstreit geknüpft sein solle. Unterlegen sei der Kläger immer dann, wenn er nicht das erreiche, was er ursprünglich erreichen wollte. Im Falle der Erledigung der Hauptsache sei der Kläger gar nicht mehr in der Lage, mit seinem ursprünglichen Antrage durchzudringen, er habe daher letzten Endes ohne jeden Erfolg gestritten und müsse aus diesem Grunde auch die Kosten tragen. Mannherz will nur dann dem Beklagten die Kosten auferlegen, wenn er im Verlaufe des Prozesses gezahlt habe, da er sich damit selber als unterlegener Teil zu erkennen gegeben habe.

Diese Auffassung führt praktisch zu außerordentlich unbilligen Ergebnissen, da sie den Kläger in den meisten Fällen mit Kosten belastet. Klagt z. B. jemand auf Grund des Musterschutzgesetzes auf Unterlassung eines bestimmten Musters und läuft während des Prozesses die Schutzfrist ab, so kann der Kläger zwar mit der Unterlassungsklage nicht mehr durchdringen, es ist aber nicht einzusehen, aus welchem Grunde der Kläger die Kosten des Rechtsstreits tragen sollte. Dies würde praktisch darauf hinauslaufen, dem Kläger das Risiko einer in der Bearbeitung seiner Sache eintretenden Verzögerung aufzubürden. Es kann daher nicht als richtig anerkannt werden, daß die Kostenregelung in der Zivilprozeßordnung allein darauf abstelle, ob jemand durch den Prozeß den gewünschten wirtschaftlichen Erfolg erreicht habe oder nicht. Maßgebend können für die Frage, welche Partei die Prozeßkosten zu tragen hat, allein rechtliche Gründe sein.

C.

Im Gegensatz zu den bisher erörterten Meinungen, die im Falle der Erledigung der Hauptsache die Kostenentscheidung unmittelbar aus § 91 ZPO. herleiten, wollen Stein-Jonas (III zu § 91) und Rosenberg (a. a. O., S. 241) die Kostenentscheidung aus § 93 ZPO. ableiten. Diese Bestimmung besagt, daß der Beklagte, der zur Klage keine Veranlassung gegeben hat, dann trotz seines Unterliegens nicht in die Kosten verurteilt werden kann, wenn er den Klaganspruch sofort anerkennt. Stein-Jonas und Rosenberg meinen, daß der damit in § 93 ZPO. zum Ausdruck gebrachte Grundgedanke auch in dem entgegengesetzten Falle Anwendung finden müsse, wenn eine ursprünglich begründete Klage nachträglich unbegründet geworden sei und der Kläger darauf sofort zugebe, daß er mit seinem Antrage nicht mehr durchdringen könne und infolgedessen nur noch beantrage, dem Beklagten die Kosten aufzuerlegen.

Diese Theorie hat den Vorzug, daß sie praktisch zu billigen Ergebnissen führt, ohne mit der Unterstellung eines hypothetischen Unterliegens arbeiten zu müssen. Dagegen erscheint es bedenklich, diese Bestimmung, die doch offenbar nur zu Gunsten des Beklagten geschaffen wurde und ein gewisses Aequivalent darstellen soll, daß sich der Beklagte auf jeden Fall zunächst auf den Prozeß einlassen muß, auf den Kläger auszudehnen.

§ 7.

Wie wir bereits gesehen haben, ist auf Grund der bisher erörterten Theorien eine befriedigende Lösung der Kostenentscheidung im Falle der Erledigung der Hauptsache nicht möglich. Die Vertreter der Unrechtstheorie kommen zwar, wie zugegeben werden muß, zu praktisch brauchbaren und der Billigkeit entsprechenden Ergebnissen. Auf Grund ihrer verfehlten Auffassung, daß immer derjenige die Kosten zu tragen habe, der mit Unrecht streite, sind sie aber genötigt, mit der willkürlichen und mit der Systematik des Prozeßrechts nicht in Einklang zu bringenden Unterstellung eines hypothetischen Unterliegens zu arbeiten. Die Auffassung von Stein-Jonas und Rosenberg vermeidet diesen Fehler. Sie erscheint aber angesichts der Bedenken, die gegen die Ausdehnung des § 93 ZPO. auf den Kläger sprechen, zu schwach fundiert, um als eine Grundlage für eine so wichtige und häufige prozessuale Entscheidung, wie es das Kostenurteil im Falle der Erledigung der Hauptsache praktisch ist, dienen zu können. Es soll daher im Folgenden versucht werden, eine Regelung zu finden, die ohne den Kostenvorschriften der Zivilprozeßordnung Gewalt anzutun, zu brauchbaren Ergebnissen führt.

Marquardt (a. a. O., S. 471) bezeichnet es als die ideale Lösung, daß derjenige die Kosten zu tragen habe, der durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben habe. Er hat damit den Kern der Sache getroffen.

Die Zivilprozeßordnung stellt es bei der Kostenregelung nicht etwa auf das Verschulden oder darauf ab, ob eine Partei Recht oder Unrecht habe, sondern allein auf die Veranlassung. In § 93 werden die Kosten dem Kläger trotz seines Obsiegens auferlegt, wenn der Beklagte zur Klage keine Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt hat. Gemäß § 94 hat der Kläger, der einen auf ihn übergegangenen Anspruch einklagt, ohne vorher dem Beklagten den Uebergang mitzuteilen und auf Verlangen nachzuweisen, die Kosten zu tragen, die dadurch entstanden sind, daß der Beklagte aus Unkenntnis des Ueberganges den Anspruch bestritten hat. § 95 belastet eine säumige Partei mit den Kosten der Terminversäumnis, und gemäß § 96 gehen die Kosten eines erfolglosen

Angriffs- oder Verteidigungsmittels zu Lasten der Partei, die sich des Mittels bedient hat. Schließlich hat der in der Berufungsinstanz obsiegende Teil u. U. die ganzen Kosten der zweiten Instanz allein zu tragen, wenn er infolge eines neuen Vorbringens, das er schon in erster Instanz hätte vortragen können, eine Entscheidung zu seinen Gunsten erzielt.

Gemeinsames Prinzip dieser Bestimmungen kann nichts anderes sein, als daß derjenige die Kosten zu tragen hat, der sie veranlaßt hat. Diese Auffassung kann nicht durch den Hinweis widerlegt werden, daß ja der Kläger immer die Kosten veranlasse, da durch Einreichung einer Klage zwangsläufig kraft Gesetzes Kosten entstehen. (So Henssler, a. a. O., S. 44.) Wie Kilber (a. a. O., S. 44) richtig bemerkt, ist die Veranlassung im Sinne des § 91 ff. ZPO. nicht der Verursachung gleichzusetzen, sondern in einem engeren Sinne aufzufassen. Es kann nur darauf ankommen, ob der Kläger nach dem gegebenen Sachverhalt eine Veranlassung hatte, die Klage zu erheben oder nicht. Hatte er diesen Anlaß, so hat er zwar im gewissen Sinne durch Erhebung der Klage das Entstehen von Kosten verursacht, er hat sie aber nicht „veranlaßt". Hatte er zur Zeit der Klageerhebung einen Anspruch gegen den Beklagten und gab ihm der Beklagte durch sein Verhalten begründete Besorgnis, daß er seiner Verpflichtung nicht nachkommen werde, so hat nicht der Kläger, sondern der Beklagte es veranlaßt, daß eine richterliche Feststellung der von ihm bestrittenen Verpflichtung erforderlich wurde. Hat er dagegen den Anspruch des Klägers niemals bestritten, so war für den Kläger kein Grund zur Klagerhebung vorhanden. Erhebt er trotzdem die Klage, so hat nicht der Beklagte, sondern der Kläger die Kosten veranlaßt. Aus diesem Grunde hat der Kläger, wie § 94 ausdrücklich bestimmt, die Kosten zu tragen. War dagegen ein Anspruch des Klägers auch im Zeitpunkt der Klagerhebung nicht vorhanden, so war das Bestreiten des Beklagten durchaus berechtigt und es bestand erst recht für den Kläger keine Veranlassung zur Klage. Erhebt der Kläger trotzdem die Klage, so wird er abgewiesen und muß gemäß § 91 ZPO. die Kosten tragen, aber nicht aus dem Grunde, weil er unterlegen ist, wie die Erfolgstheorie annimmt, und auch nicht, weil er zu Unrecht geklagt hat, sondern weil er auch in diesem Falle das Entstehen von Kosten veranlaßt hat.

Auch in den anderen bereits aufgeführten Fällen hat eine Partei Kosten veranlaßt, die sie infolgedessen auch tragen muß. Die Partei, die zu einem Termin nicht erscheint, unbegründete Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend macht oder erst in der Berufungsinstanz eine vollständige Sachdarstellung gibt, während ihr Vortrag bisher unschlüssig war, hat dadurch eine Mehrarbeit des

Gerichts veranlaßt, deren Kosten sie nach dem Prinzip der Veranlassung zu tragen hat. (Veranlassungsprinzip gilt auch in Art. 9 des PrFGG.)

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß es für die Frage, welcher Partei die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen sind, allein darauf ankommt, die Partei festzustellen, die das Entstehen der Kosten veranlaßt hat. Ist daher der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so hat sich das Gericht zu fragen, ob der Kläger bis zum Eintritt des die Erledigung bewirkenden Umstandes berechtigt gewesen ist, gegen den Beklagten zu klagen oder nicht. War er hierzu berechtigt, so hat er auch nicht die Kosten des Rechtsstreits veranlaßt und infolgedessen hat sie der Beklagte zu tragen, während im umgekehrten Falle der Kläger in die Kosten zu verurteilen ist. Man werfe nicht ein, daß diese Auffassung gleichfalls auf ein hypothetisches Unterliegen hinauskomme. Wie eingehend dargelegt, ist die Verurteilung in die Kosten nicht davon abhängig, ob jemand zu Unrecht klagt, sondern allein davon, daß er die Kosten veranlaßt hat. Selbstverständlich wird fast immer derjenige, der Kosten veranlaßt, auch im Unrecht sein, dies ist jedoch, wie z. B. § 94 ZPO. klar ergibt, nicht immer der Fall.

§ 8.

Diese Auffassung zeitigt in allen denkbaren Fällen der Erledigung brauchbare und der Billigkeit entsprechende Ergebnisse. Erfüllt der Beklagte nach Rechtshängigkeit vorbehaltlos den Anspruch, so ist die Schuld erloschen, § 362 BGB. Der Beklagte, der durch seine anfängliche Weigerung zur Klage Anlaß gegeben hat, hat daher die Kosten zu tragen. Zahlt der Beklagte jedoch unter Vorbehalt, so ist damit noch nicht festgestellt, ob der Kläger tatsächlich zur Klagerhebung berechtigt war, da die Erfüllung der Schuld in der Schwebe bleibt. In diesem Falle ist daher der Rechtsstreit nicht in der Hauptsache erledigt, sondern das Bestehen oder Nichtbestehen des von dem Kläger behaupteten Anspruchs ist auf Verlangen des Beklagten festzustellen. Leistet dagegen ein Dritter, so erlischt der Anspruch gleichfalls, selbst wenn der Beklagte der Leistung widersprechen sollte, § 267 BGB. Auch in diesem Falle kann es sich nur noch darum handeln, zu prüfen, ob der Kläger oder der Beklagte die Kosten veranlaßt hat. Schwieriger gestaltet sich die Frage, wenn die Klageforderung durch Aufrechnung des Beklagten erlischt und wenn sich beide Forderungen bereits vor Klageerhebung aufrechenbar gegenüberstanden. Auch in diesem Falle handelt es sich, wie wir bereits ausgeführt haben, um eine echte Erledigung der Hauptsache. Nach dem hier vertretenen Veranlassungsprinzip hat grundsätzlich der

Kläger die Kosten zu tragen, da für ihn ein Grund, seine Forderung einzuklagen, nicht anerkannt werden kann, da er jederzeit die Möglichkeit hatte, durch einseitige Erklärung seine Befriedigung im Wege der Aufrechnung herbeizuführen. (Zutreffend RG. Bd. 50, 389; Bd. 57, 304; Stein-Jonas, V. 1 zu § 91; Mannherz, a. a. O., S. 78.) War jedoch der Kläger zu einer Aufrechnung nicht berechtigt, weil z. B. die Forderung des Beklagten auf einer von dem Kläger begangenen vorsätzlichen unerlaubten Handlung beruhte, so war dem Kläger nicht zuzumuten, die Aufrechnung des Beklagten abzuwarten, sondern er muß als berechtigt angesehen werden, seine Forderung klagweise geltend zu machen. In diesem Falle hat der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben, weil er nicht, als er zur Zahlung aufgefordert wurde, noch vor Rechtshängigkeit die Aufrechnung erklärte und muß daher auch in die Kosten verurteilt werden.

Erlischt der Klageanspruch nach Rechtshängigkeit dadurch, daß er infolge einer Gesetzesänderung nachträglich als unbegründet erscheint, so hat ebenfalls der Beklagte die Kosten zu tragen, da er sich geweigert hat, einen zur Zeit der Klageerhebung unzweifelhaft bestehenden Anspruch zu erfüllen, und somit zur Klage Veranlassung gegeben hat. Die gegenteilige Auffassung des Reichsgerichts (RG. Bd. 101, S. 162; JW. 01, S. 483) ist abzulehnen. Das Reichsgericht ist der Meinung, daß jeder Kläger das Risiko einer Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen zu tragen habe. Dies läuft jedoch darauf hinaus, daß die Kostenentscheidung letzten Endes davon abhängt, ob eine Sache bei Gericht schnell oder langsam bearbeitet wird. Da der Kläger aber hierauf keinen Einfluß hat, erscheint es unbillig, ihn mit den Kosten zu belasten, obwohl er allen Anlaß zur Klageerhebung gehabt hat.

Schließlich kommt es auch dann lediglich darauf an, ob der Beklagte zur Erhebung der Klage Anlaß gegeben hat oder nicht, wenn die Erledigung der Hauptsache infolge einer Handlung des Klägers eintritt, z. B. der Kläger verschafft sich nach Rechtshängigkeit die Leistung von einem Dritten oder er tritt gemäß § 326 BGB. vom Vertrage zurück. Stein-Jonas (so auch RG. in JW. 1911, S. 769; OLG. Rostock 37, S. 131) übersehen, daß der Kläger nach der Klageerhebung nicht schlechter gestellt sein darf als vorher. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Rücktritt des Klägers und die dadurch herbeigeführte Erledigung der Hauptsache die Verurteilung des Klägers in die Kosten zur Folge haben sollte. Denn die Tatsache, daß der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben hat, wird dadurch nicht beeinflußt, und die Rechtsstellung des Klägers wird durch die Klageerhebung in keiner Weise beeinträchtigt.

Ich glaube damit gezeigt zu haben, daß die Durchführung des Veranlassungsprinzips bei direkter Anwendung der §§ 91 ff. ZPO. zu einer befriedigenden Lösung der Kostenentscheidung im Falle der Erledigung der Hauptsache führt.

§ 9.

Wir haben uns bisher lediglich mit der Erledigungserklärung des Klägers befaßt, ohne auch nur die Frage zu streifen, ob nicht auch der Beklagte hierzu in der Lage ist. Im Falle einer Widerklage ist dies selbstverständlich zu bejahen; denn im Rahmen der Widerklage ist der Beklagte Kläger. Erklärt er also seine Widerklage für in der Hauptsache erledigt, so bietet diese Erklärung gegenüber der Erledigungserklärung des Klägers nichts Besonderes, da es sich um genau das Gleiche handelt. Da der Beklagte niemals den Anspruch des Klägers für erledigt erklären kann, so ist seine Erledigungserklärung nur in der Form denkbar, daß der Rechtsgrund, der den Beklagten ursprünglich berechtigte, seine Leistung zu verweigern, später fortfällt, z. B. das Kläger klagt einen noch nicht fälligen Darlehnsanspruch ein, im Verlaufe des Prozesses tritt die Fälligkeit ein. Erklärt in diesem Falle der Beklagte seine Weigerung für erledigt, so hat diese Erklärung jedoch nicht etwa die Bedeutung einer Erledigungserklärung im eigentlichen Sinne, sondern sie besagt nichts anderes, als daß der Beklagte den Klageanspruch nicht weiter bestreiten, sondern ihn nunmehr anerkennen wolle, sich dagegen gegen die Kostenlast verwahre. Daraus folgt, daß es eine eigentliche Erledigungserklärung auf Seiten des Beklagten, abgesehen von dem Fall der Widerklage, nicht gibt.

§ 10.

Es wird häufig der Fall sein, daß die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache erst im Verlauf der Berufungs- oder Revisionsinstanz eintritt. Ob der Kläger auch dann noch in der Lage ist, den Rechtsstreit für erledigt zu erklären und seinen Antrag auf die Kosten zu beschränken, bedarf der näheren Prüfung. Es sind hierbei verschiedene Möglichkeiten denkbar.

Tritt die Erledigung der Hauptsache erst ein, nachdem bereits zulässiger Weise Berufung eingelegt war, so muß der Kläger in gleicher Weise in der Lage sein, sich der veränderten Sachlage anpassen zu können, da sein Anspruch im Zeitpunkt der Berufungseinlegung jedenfalls begründet war und er daher die Kosten der Berufungsinstanz nicht veranlaßt hat. Es besteht geradezu ein Bedürfnis, auch in diesem Falle dem Kläger zu gestatten, die Hauptsache für erledigt zu erklären und nur noch einen Kostenantrag zu

stellen. Denn andernfalls müßte die Klage kostenpflichtig abgewiesen werden oder der Kläger könnte zwar, wenn er die Berufung eingelegt haben sollte, die Berufung zurücknehmen, hätte aber auch in diesem Falle gemäß § 97, I ZPO. die Kosten der Berufungsinstanz zu tragen.

Die Zulässigkeit der Erledigungserklärung — auch noch in der Berufungsinstanz — folgt m. E. unmittelbar aus § 529 ZPO. Die Berufung dient der Nachprüfung des Streitstoffes in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Den Parteien ist es aus diesem Grunde gestattet, neue Tatsachen vorzutragen. Hierzu gehört aber auch die Tatsache der Erledigung der Hauptsache. Erklären die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt, so daß in zweiter Instanz nur noch über die Kosten entschieden werden kann, so besteht trotzdem kein Widerspruch zu § 99 ZPO. Danach ist eine Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Diese Bestimmung besagt jedoch lediglich, daß es unzulässig ist, allein wegen der Kosten Berufung einzulegen. Wird der Rechtsstreit aber erst nach Einlegung der Berufung in der Hauptsache erledigt, so kann dadurch nicht die Tatsache aus der Welt geschafft werden, daß die Berufung auch in der Hauptsache eingelegt worden ist, da diese damals noch nicht erledigt war. Das Gericht hat zwar seine Entscheidung auf Grund des Sachverhalts der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung zu fällen, für die Frage, ob ein Rechtsmittel zulässig ist oder nicht, kommt es dagegen allein auf den Zeitpunkt der Einlegung, nicht der Entscheidung über das Rechtsmittel an. In der neuesten Auflage vertreten Stein-Jonas (II, 2 b zu § 99) den Standpunkt, daß es auch für die Frage der Zulässigkeit allein auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen könne. Stein-Jonas berufen sich auf neuere Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 107, 53; Bd. 113, 249; Bd. 118, 149), in denen bei Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels, soweit sie von der Höhe der Beschwer abhängt, auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt wird. Sie sind der Meinung, daß infolge der Erledigung der Hauptsache das Rechtsmittel dann unzulässig werde, wenn dadurch gleichzeitig die Beschwer des Rechtsmittelklägers beseitigt werde, z. B. der Kläger war in erster Instanz abgewiesen und hat Berufung eingelegt. Im Verlaufe der Berufungsverhandlung erlischt sein Anspruch.

Die Auffassung Stein-Jonas' kann nicht geteilt werden. Ob eine Partei durch ein Urteil beschwert ist oder nicht, ergibt sich allein aus dem Tenor. Lautete dieser auf Klagabweisung, so ist der Kläger auf jeden Fall beschwert. In dem umgekehrten Fall, daß der Beklagte Berufung eingelegt hat und darauf der Anspruch des Klägers

wegfällt, halten auch Stein-Jonas eine reine Kostenentscheidung in der Berufungsinstanz für zulässig.

Anders verhält es sich, wenn das die Erledigung bewirkende Ereignis zwar nach Verkündung des Urteils erster Instanz, aber vor Einlegung der Berufung eintritt. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden.

Sind sich beide Parteien darüber einig, daß eine Erledigung der Hauptsache vorliegt, so ist, wie bereits oben gezeigt wurde, eine Sachentscheidung nicht mehr möglich, sondern es kann nur noch über die Kosten entschieden werden. Eine Berufung ist daher unzulässig, da es eine Berufung allein über den Kostenpunkt nur im Falle des Anerkenntnisurteils gibt. Es kann hierbei keinen Unterschied machen, ob der Klage in erster Instanz stattgegeben oder ob sie abgewiesen worden ist.

Bestreitet dagegen der Beklagte die Voraussetzungen der Erledigung, so ist die Berufung zulässig, da dann eine Entscheidung zur Hauptsache, nämlich den Klageabweisungsantrag des Beklagten oder, wenn er die Berufung einlegen sollte, den Berufungsantrag des Beklagten ergehen muß.

In der Revisionsinstanz kann dagegen, wie Lazarus (a. a. O., S. 636, 644 ff.) zutreffend bemerkt, die Tatsache der Erledigung der Hauptsache keine Berücksichtigung mehr finden. Die Revision dient allein der Nachprüfung der Entscheidung in rechtlicher Beziehung, §§ 549, 550 ZPO. Der Richter hat dabei seiner Entscheidung lediglich den in der Berufungsinstanz festgestellten Sachverhalt zu Grunde zu legen. Die gegenteilige Meinung Henssler's (a. a. O., S. 59) ist darauf zurückzuführen, daß er das Erledigungsurteil als ein prozessuales Gestaltungsurteil ansieht. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.

Literatur-Verzeichnis:

Bergmann: Ueber Erledigung des Anspruchs und Erledigung des Prozesses. Diss. Greifswald 1932.

Blankmeister: Kann die Verurteilung zur Tragung der Kosten eines Rechtsstreits nach Wegfall der Hauptsache aus einem neuen selbständigen Rechtsgrunde gefordert werden? (Recht 1908, 351 ff.)

Brücker: Die Erledigung des Rechtsstreits in Ansehung der Hauptsache. Diss. Rostock 1914.

Ederheimer: Ueber die Verpflichtung zur Tragung der Kosten bei Erledigung der Hauptsache nach Zustellung der Klage. ZZP. 31, 61 ff.

Gerson: Die Erledigung des Klaganspruchs während des Prozesses. ZZP. 19, 262 ff.

Gmelin: Prozeßkostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache. Recht 1907, 1289 ff.

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht, Berlin 1932.

Grosse: Die Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil. Diss. Berlin 1907.

Guttmann: Kostenurteile gemäß § 99, Abs. 2 und 3 ZPO. Blätter für Rechtspflege 1932, 106.

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912.

Hertel: Zulässigkeit der Berufung, wenn im Laufe der Berufungsverhandlung die Hauptsache sich erledigt Leipz. Zeitschr. 1928, Sp. 100 ff.

Henssler: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Diss. Erlangen 1934.

Hörle: Die Kostenpflicht bei Erledigung der Hauptsache. Recht 1912, 471 ff.

Kilber: Die Erledigung der Hauptsache nach Klageinreichung. Diss. Frankfurt a. M. 1933.

Kisch: Klageverzicht und Erledigung der Hauptsache. Recht 1924, 1 ff.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1925.

Lazarus: Die Erledigung der Hauptsache im Zivilprozesse. Gruch. 52, 593 ff.

Lent: Zur Abgrenzung, ZPO. 57, 3 ff.

Manasse: Die Prozeßkostenlast bei Befriedigung des Klägers zwischen Einreichung der Klage bei Gericht zum Zwecke der Terminbestimmung und Zustellung an den Gegner. Diss. Erlangen 1912.

Mannherz: Die Entscheidung über die Kosten nach Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. 49, 66 ff.

Marquardt: Urteilsmäßige Feststellung einer Erledigung der Hauptsache. ZZP. 45, 461 ff.

Pilz: Die Erledigterklärung im Prozesse. Diss. Leipzig 1931.
Riedinger: Kostenentscheidung bei Anerkenntnis und Erledigung der Hauptsache. JW. 1933, 1750.
— —: Erledigung der Hauptsache — Klageänderung. Der junge Rechtsgelehrte 1935, 216.
— —: Anfechtung, Erledigung in der Hauptsache. Der junge Rechtsgelehrte 1933, 310.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1931.
Rosenthal: Erledigung des Klageantrages und Entlastung des Reichsgerichts. JW. 1921, 730.
Salinger: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. 47, 81 ff.
v. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 1932.
Siberschmidt: Entscheidung über die Kosten bei Erledigung der Hauptsache. JW. 1924, 1586.
Sperber: Rechtsmittel gegen Entscheidungen, die den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären. Blätter für Rechtspflege im Bezirk des KG. 1914, 65 ff.
Scholz: Kostenentscheidung bei Erledigung der Hauptsache. JW. 1934, 1621.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 15. Aufl. 1934.
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Aufl. 1935.
Strauss: Kostenerstattungspflicht nach Erledigung der Hauptsache. Diss. Heidelberg 1936.
Schaake: Die Befriedigung des Klägers im Prozeß in ihrer Wirkung auf das Verfahren. Diss. Würzburg 1908.
Vins: Kostenentscheidung bei Anerkenntnis und insbesondere bei Erledigung der Hauptsache. JW. 1933, 2198.
Warneyer: Regelung des Kostenpunktes, wenn sich die Hauptsache zwischen Einreichung und Zustellung der Klage erledigt. Bl. f. RA. 75, 766 ff.
Weiss: Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Diss. Jena 1931.
— —: Die Kostenentscheidung bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Gruch. 1932, 293 ff.
Zabolitzky: Die Erledigung der Hauptsache. Diss. Gießen 1934.